Die

Anfechtung des Kaufvertrages

wegen laesio enormis.

Inauguraldissertation.

Der hohen juristischen Facultät der Universität Strassburg
zur Erlangung der Doctorwürde vorgelegt

von

Robert Wuttke.

Leipzig.
Druck von C. G. Röder.
1887.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547619_0047

Einleitung.

Die Möglichkeit, einen Kauf wegen Verletzung über die Hälfte anzufechten, beruht bekanntlich auf einer Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian — const. 2. C. de resc. vend. (IV. 44) — aus dem Jahre 285. In einer zweiten Constitution — const. 8 eod. — aus dem Jahre 293 fanden sich die Kaiser veranlasst, den Inhalt jener zu wiederholen, um etwa entstandene Zweifel zu beseitigen. Zwar ist die diocletianische Verfügung richtiger Ansicht nach sehr bald, nachdem sie erlassen worden war, ausser Kraft getreten: const. 1. 4. 7. C. Th. III. 1. — Allein Justinian hat die beiden Rescripte wieder aufgenommen und sie sind als Bestandtheil des Codex bei uns geltendes Recht geworden.

Die uns beschäftigende kaiserliche Vorschrift lautet: „rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.“ (const. 2) und ferner const. 8: „si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit, dolus

ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium; profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda."

Hiernach steht dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht vom Kaufvertrage zu, wenn er durch den Verkauf weniger als die Hälfte des wahren Werthes erlöst hat.

Die Bedeutung und Tragweite der diocletianischen Neuerung wurde seit Jahrhunderten nach den verschiedensten Richtungen hin bestritten. — Einige dieser Streitfragen hat die Praxis bereits erledigt, andere dagegen beanspruchen noch immer lebhaft unser Interesse.

Von Wichtigkeit sind folgende Hauptpunkte:

1) Beschränken sich die diocletianischen Rescripte auf Immobilien, oder haben sie auch Mobilien im Auge?

2) Was meint Diocletian mit dem „iustum“ und „verum pretium“, hinter dem um nicht mehr als die Hälfte zurückgeblieben werden darf?

3) Wie ist die Anfechtung zu denken? — Geschieht sie nach der Meinung der Kaiser mittelst einer actio venditi, actio in factum, oder auf dem Wege der in integrum restitutio?

4) Welches ist der legislative Gesichtspunkt, aus dem heraus die Reform verstanden werden will?

§ 1.

Interpretation von ‚rem'.

„Rem maioris pretii — si distraxit", beginnt die const. 2, und gleich bei dem ersten Worte „res" erhoben sich Zweifel über die Bedeutung, in der es gebraucht ist. Einige[1]) nehmen an, indem sie sich auf den allgemeinen Sprachgebrauch berufen, dass die kaiserliche Verfügung sich auf Eigenthum an Sachen jeglicher Art erstrecke; Andere[2]), welchen der Ausdruck „res" zweifelhaft erscheint, weil er in der weiteren Fortführung der Periode durch „fundus" ersetzt wird und in const. 8 gleichfalls nur von einem Grundstück die Rede ist, bestreiten dies; nach ihnen nahm Diocletian in seinen beiden Rescripten allein auf Grundstücksverkäufe Bezug.

Für diese einschränkende Interpretation liessen sich scheinbar gute Gründe anführen.

Dem gewöhnlichen Entwicklungsgange der Rechtsprincipien würde es gemässer sein, wenn sich ein so neuer, den classischen Rechtsgrundsätzen widersprechen-

---

[1]) So unter anderen die Lehrbücher von Windscheid, Arndts, Brinz, Seuffert, Keller, ferner Chambon, Sintenis, Dedekind, Unterholzer, Thibaut.

[2]) Cuiac, Bucher, Plather, Vangerow, Weisseneck, Holzschuher.

der[1]) Rechtssatz, wie er in const. 2 und 8 enthalten ist, zunächst nur auf einem beschränkten wirthschaftlichen Gebiete geltend machte. Ferner könnte man im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse des Grundbesitzes auch sachlich hier am ehesten einen Eingriff gegen die freie Preisvereinbarung rechtfertigen. Bei Grundstücken ist die Käuferzahl stets eine beschränkte, dadurch wird eine gesunde Preisbildung erschwert, sodann aber tritt hier — sei es in Folge von Unerfahrenheit, sei es unter dem Drucke der Noth — leichter als bei marktgängigen Sachen eine Beeinträchtigung des Verkäufers ein. Unter Umständen vermag diese sehr wohl eine bedeutende Höhe zu erreichen — ja eine laesio ultra dimidium mag selbst nicht selten sein — und so zum Ruin des Verkäufers führen. Der Staat aber hat in der Erhaltung eines blühenden Grundbesitzerstandes eine wichtige Aufgabe zu erfüllen. So könnte man es denn wohl begreifen, wenn const. 2 zum Schutze des Grundbesitzes erlassen worden wäre.

Ist man hiernach auf den ersten Blick geneigt, const. 2 einschränkend zu interpretiren, so überzeugt doch ein Eingehen auf den Inhalt unserer Quellenstellen von der Unzulässigkeit dieser Interpretation.

Unbestreitbar ist, dass beide in const. 2 und 8 behandelten Kaufverträge sich nur auf Grundstücke beziehen; anderseits aber ist es sehr bemerkenswerth, dass bei der Formulirung des Entscheidungsprincips die Erwähnung dieser Thatsache mit einer kaum zu verkennenden Absichtlichkeit vermieden ist. In den Worten der const. 8, welche die Entscheidung und

[1]) S. nachher § 4.

Motivirung enthalten, findet sich keine Andeutung einer Beschränkung auf Grundstücksverkäufe; hätten die Gesetzgeber diese Einschränkung beabsichtigt, so wäre dies wichtige Merkmal auch in den Schlussworten — „nisi minus dimidia iusti pretii . . . . datum est“ — von ihnen hervorgehoben worden.

Noch weniger wäre die Fassung von const. 2 verständlich, falls sich dies Rescript nur auf Grundstücke bezöge; es hätte dann lauten müssen „rem soli si . . ., fundum venditum recipias“, statt dessen heisst es „rem maioris pretii . . . si . . . . fundum venditum recipias“. Diese sonderbare Inconcinnität lässt sich kaum anders erklären, als durch das Bestreben, dem Entscheidungsprincipe eine über Grundstücke hinausgehende Tragweite zu verleihen.[1]) Diese Erwägungen sind um so zwingender, als die diocletianische Canzlei in den Traditionen der classischen Zeit fortarbeitete und eine grobe Nachlässigkeit der Fassung deshalb unwahrscheinlich ist.

Das Ergebniss der auf die beiden Constitutionen beschränkten Erwägungen wird bestätigt, wenn wir eine Reihe anderer Quellenstellen verwandten Inhalts in den Kreis der Untersuchung ziehen. Drei diocletianische Constitutionen nämlich: const. 3. 4. 12. C. ht.,

---

[1]) Mag man in Bezug auf „res“ einwenden, dass dieser Ausdruck in den Constitutionen der späteren Kaiserzeit mitunter in der Bedeutung von Immobilien vorkommt, so ist dies immerhin nur eine ausnahmsweise Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauch, die ausschliesslich in solchen Fällen angetroffen wird, wo die Beziehung durch den Zusammenhang ausser Zweifel gestellt ist. So in den Titeln: C. J. IV. 52, 53. V. 71. XI. 32. — Dass in einer und derselben Constitution oftmals „res“ mit fundus, praedium, possessio abzuwechseln pflegt, ist natürlich für unsere Frage bedeutungslos, s. z. B. C. J. III. 32. 3. IV. 47. 2. IV. 53 un. V. 74. 3. VIII. 45. 2. X. 1. 3. X. 4. un. XI. 70. 5.

richten sich mit ihrem negativen Principe: „Verkäufe können nicht wegen jeder beliebigen Verletzung angefochten werden“ gegen den Versuch, aus const. 2 weitergehende Consequenzen zu ziehen. Wenn sie nun dieses Princip so allgemein formuliren ohne die geringste Andeutung eines für Grundstücke geltenden Sonderrechts, so lässt dies mit einiger Sicherheit darauf schliessen, dass ein besonderes Recht für Grundstücksverkäufe auch in der That nicht vorgelegen hat.

Ferner ergiebt sich aus zwei Constitutionen des C. Th.[1]) — const. 1. 7. C. Th. de resc. vend. III. 1. — ein analoger Schluss. Dieselben beseitigen das Anfechtungsrecht wegen Verletzung über die Hälfte, deuten aber mit keinem Worte an, dass es nur bei Grundstücksveräusserungen gegolten habe. Allerdings werden diese Gesetze nicht allgemein in jenem Sinne aufgefasst. So behauptet jetzt Zachariae von Lingenthal[2]): Konstantin habe durch const. 1 cit. das diocletianische Gesetz keineswegs beseitigen wollen, sondern es dort nur unberücksichtigt gelassen; dies aber sei gerade daraus zu erklären, dass Diocletian seine Verfügung nur für Grundstücksverkäufe getroffen habe, Konstantin's Gesetz aber sich nur auf den Getreidehandel bezog[3]). Allein Zachariae beweist nicht, son-

---

[1]) l. 1. eod. . . . . venditionis atque emptionis fidem nulla circumscriptionis violentia factam, rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est (K. Konstantin v. J. 319). — l. 7. eod. . . . . semel inter personas legitimas initus emti contractus et venditi, ob minorem annumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari. (K. Arcadius und Honorius v. J. 396.)

[2]) Zeitschr. d. Savigny-Stiftung. Rom. Abth. IV. S. 59.

[3]) Vgl. die Inscription und die loci iungendi der cit. const.

dern setzt voraus, dass const. 2 von Konstantin unbeachtet gelassen worden sei; in Wirklichkeit wird man, wenn es heisst: „nec enim sola pretii vilioris querela contractus — — turbandus est“, diese Worte gerade auf die const. 2 beziehen dürfen; ja wir meinen, es liegt speciell in „sola“ ein bezeichnender Hinweis auf dies Rescript. Auf const. 7. eod. ist Zachariae von Lingenthal nicht eingegangen; aber auch diese Stelle bekräftigt unsere Behauptung. Es wird darin von den Kaisern Arcadius und Honorius ganz allgemein betont, dass der Kaufvertrag wegen einer Differenz zwischen Preis und Werth nicht angefochten werden könnte . . . „ob minorem annumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari“.

Eine gewichtige Stütze unserer Ansicht könnte eine Digestenstelle gewähren, sollte sich die Vermuthung, welche Zachariae in Bezug auf dieselbe äusserte, als begründet herausstellen. Zachariae meint[1]), dass in l. 2. D. depos. (XVI. 3) die Worte: „aut minoris quam debuit“ als ein Einschiebsel Tribonians anzusehen seien. Wenn dies wahr wäre, so würde diese Interpolation nothwendig in Bezug zu der Neuerung Diocletians zu setzen sein, und alsdann durch ihren Zusammenhang[2]) den directen Beweis liefern, dass const. 2 wenigstens von den Compilatoren als nicht auf Grundstücksverkäufe beschränkt aufgefasst wurde. Leider aber begründet Zachariae v. L.

---

[1]) a. a. O.

[2]) l. 1. § 47. D. depos. XVI. 3. . . . . quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur . . . . l. 2. ht.: Quid ergo, si pretium nondum exegit aut minoris quam debuit vendidit? actiones suas tantummodo praestabit.

seine Behauptung allein damit, dass er in den in der Stelle vorkommenden Worten „minoris quam debuit“ einen Graecismus — οὗτερ ἐχρῆν — erkennt. Fast genau derselbe Wortlaut aber findet sich in l. 27. D. de minor. (IV. 4): „si minore pretio quam oportet“, und in letzterer Stelle kann doch unmöglich von einer Interpolation die Rede sein. Gleichwohl bleibt es sehr beachtenswerth, dass Stephanus gerade an dieser Stelle, wo an Grundstücksverkäufe am wenigsten gedacht werden kann, in den Basilikenscholien — XIII. 2. 2. — an das Anfechtungsrecht wegen laesio enormis erinnert.

Endlich machen es die Basiliken wahrscheinlich, dass die const. 2 von den Griechen auf Verkäufe von Mobilien wie Immobilien bezogen worden ist. Denn die in den Basiliken[1]) gegebene griechische Version der const. 2. unterdrückt die Nennung eines Grundstücks als Kaufobject und bezeichnet den Kaufgegenstand statt dessen mit dem indifferenten Worte „πρᾶγμα“.

Nach alledem wird es kaum zweifelhaft sein können, dass die beiden diocletianischen Rescripte in der That sich auf Verkäufe von Sachen jeglicher Art erstrecken; auch haben sie diese Tragweite von Anfang an gehabt und nicht erst, wie neuere Schriftsteller[2]) meinen, durch justinianische Interpolationen erhalten; gegen letztere Annahme entscheiden sowohl die angeführten Stellen des Codex Theod., wie der Schlusssatz von const. 8; positive Gründe dafür sind nicht beigebracht worden.

[1]) Zachariae: Supplem. Basil. p. 281.

[2]) Wächter: Pandekten: II. § 207.
Vangerow Lehrbuch der Pandekten § 611 ist zweifelhaft.

§ 2.

Die Bedeutung von ‚iustum pretium'.

Im vorigen Abschnitt haben wir festzustellen versucht, dass const. 2 sich auf Verkäufe von beweglichem wie unbeweglichem Eigenthum bezogen habe; nunmehr wenden wir uns der Frage zu: wie gross muss die Differenz zwischen Preis und Werth sein, um eine Anfechtung zu begründen?

Laut positiver Bestimmung (mit den Worten: „minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit") ist festgesetzt, dass nur bei den nicht einmal die Hälfte des Werthes erzielenden Verkäufen eine Anfechtung gestattet ist, und insofern ist dem Richter jedes freie Ermessen entzogen, jeder Streit unmöglich. Aber anders verhält es sich mit der Frage, was denn unter dem verum pretium der const. 2 oder dem iustum pretium, wie es in const. 8 heisst[1]), zu verstehen ist. Soll damit der Marktpreis bezeichnet sein, derart also, dass dem Richter der Massstab, an dem er den erzielten Preis zu messen hätte, fix und fertig von aussen her geliefert würde, oder ist es der wahre und billige Werth der Sache, d. h. ein Werth, der im einzelnen Falle mittels einer über die Tagesconjuncturen des Marktes hinausreichenden Abschätzung zu ermitteln ist? Letzteres halten wir für die richtige Deutung, und die Rechtfertigung derselben wird Zweck der folgenden Untersuchung sein.

Eine grössere Anzahl von Schriftstellern versteht

---

[1]) Vgl. auch const. 2 verb.: „quod deest iusto pretio".

unter dem iustum und verum pretium den Marktpreis schlechthin; ja einige gehen so weit zu behaupten, dass sich const. 2 und 8 auf Sachen, die ihrer Natur nach keinen Marktpreis besässen, überhaupt nicht erstrecke.

Dagegen ist erstens einzuwenden, was schon ein flüchtiges Lesen der beiden Constitutionen zeigt, dass zu pretium ein Attribut — sei es iustum, sei es verum — hinzutritt und damit auf die Eigenschaft des Preises Gewicht gelegt wird, welche sich im Verkehr nicht durchwegs findet. Denn die Bildung des Marktpreises ist von wirthschaftlichen Factoren abhängig, welche nicht immer die Bildung eines der Sache angemessenen Preises zulassen, sondern ihn oftmals unverhältnissmässig erhöhen oder erniedrigen.

Zweitens stehen in den beiden von const. 2 und 8 entschiedenen Fällen Grundstücksverkäufe in Frage, bei letzteren aber kann von einem Marktpreis, zumal wenn man sich die wirthschaftlichen Verhältnisse der diocletianischen Zeit vergegenwärtigt, nicht die Rede sein. Hieraus allein ergiebt sich schon, dass der Preis, von dem aus die Berechnung der Hälfte in const. 2 erfolgte, nicht der Marktpreis gewesen sein kann.

Endlich liesse sich geltend machen, dass die kaiserlichen Rescripte, wenn man sie auf Sachen mit Marktpreis beschränkte, von unglaublich minimaler Bedeutung gewesen sein müssten. Grade bei marktgängigen Sachen wird eine Uebervortheilung um die Hälfte sehr selten vorkommen, und dazu müssen wir uns den Kreis derselben in der diocletianischen Wirthschaft viel enger gezogen denken, als in der heutigen. Weil bei einer niedrigen Cultur der Verkehr beschränkt ist, besteht auch nur für wenige Sachen ein regelmässiger Markt. Sobald sich dagegen bei einer

höheren Cultur die wirthschaftlichen Verhältnisse reicher entfalten, wird auch der Verkehr grössere Kreise ziehen und eine steigende Anzahl von Gütern einen Marktpreis erhalten.

Demnach ist es kaum denkbar, dass die kaiserlichen Rescripte in ihrer generellen Fassung von dem Marktpreis ausgehen. Es lassen sich aber in gleicher Richtung auch specielle Quellenbelege dafür anführen; denn gewisse Quellenstellen geben über die Bedeutung der Worte „iustum pretium" genaueren Aufschluss. In einer grösseren Anzahl von kaiserlichen Rescripten wird für fiscalische Versteigerungen betont, dass der Verkauf der Sache bei Vorhandensein einer bedeutenden Werthverletzung angefochten werden könne, und dass zu diesem Ende an den Fiscus zu berichten sei.[1]) Nun sind zwar in diesen einzelnen Stellen, die die Grösse der Verletzung bestimmenden Ausdrücke mannigfach und wechselnd,[2]) aber ihnen liegt doch der Gedanke zu Grunde; dass der Verkauf nicht angefochten werden konnte, sobald der wirkliche Werth der Sache bezahlt worden war, und dieser Werth wird in l. 3 § 5. D. d. iur. fisc. (49. 14) und l. 2 C. si prop., public. pens. (IV. 46) mit „iustum pretium" bezeichnet. Wie dieser Werth beschaffen sei, führt l. 3 § 16. D. d. iur. fisc. (49. 14) genauer aus: „Divi fratres rescripserunt in venditionibus fiscalibus fidem et

---

[1]) l. 1. pr. D. de iur. fix. (49. 14): „variae causau sunt ex quibus nuntiatio ad fiscum fieri solet, vel .... vel magni pretii rem minores ex fisco comparasse."

[2]) So ein „pretio longe minore" (c. 1. C. II. 36); „exiguo pretio" (c. 3. C. II. 36); „viliore" (c. 16. C. IV. 44); „vili pretio" (c. 1. C. VII. 39); „non dignum pretium" (c. 2. C. VIII. 22); „minore pretium quam res est" (c. 3. C. X. 1); „pretii vilitate" (c. 2. C. X. 3).

diligentiam a procuratore exigendam et iusta pretia non ex praeterita emptione sed ex praesenti aestimatione constitui[1]): sicut enim diligenti cultura pretia praediorum ampliantur, ita, si negligentius habita sint, minui necesse est.“ Nur unter Berücksichtigung dieser Vorschrift gewinnen wir das Verständniss für den Relativsatz in const. 8: „dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis“, welcher im Gegensatz zu der üblichen Interpretation: „es solle bei Berechnung der Hälfte der Marktpreis zur Zeit des Kaufabschlusses und nicht der zur Zeit der Anfechtung des Kaufvertrages zu Grunde gelegt werden“, vielmehr besagt: nicht von einem je früher einmal bezahlten Kaufpreis, sondern von dem zur Verkaufzeit vorhandenen Werthe aus soll die Berechnung erfolgen.

Es ergiebt sich also aus den auf den Fiscus bezüglichen Rescripten, dass das „iustum pretium“ den durch richterliche Schätzung festzustellenden Sachwerth bedeutet[2]), und diese Auslegung wird, was schliesslich noch Erwähnung finden mag, auch durch die byzantinische Praxis bestätigt. Stephanus sagt in den Basi-

---

[1]) Dasselbe wird auch in einer anderen Stelle vorgeschrieben in l. 16. C. de resc. vend. (IV. 44): „ehe die facultates versteigert werden, solle die „rei qualitas et redituum quantitas“ abgeschätzt werden, „nec locus fraudibus relinquatur et possessionibus viliore distractis“. Auch in folgenden Stellen geschieht des iustum pretium Erwähnung und stets ist es ein auf Abschätzung beruhender Preis: l. 12 § 1. D. XXIII. 3. l. 31. § 4 D. XXXX. 5. l. 36 pr. D. XXIV. 1. (aestimatio faciendo est iusto pretio). Vgl. l. 92 D. de legat. I. fr. 13 D. XXVII. 9. Cuiac Op. omn. Neap. VI. 267. D.

[2]) S. auch Cuiac; Comm. in C. J. IV. 44: „Quaeritur etiam quae sit definitio iusti pretii. Verum haec quaestio in facti probatione tantum consistit. Igitur nihil ad nos; id tantum scimus in universum aestimandam esse qualitatem rei venditae et quantitatem redituum. Nam ex quantitate redituum statuitur iustum pretium“ (l. 16 C. ht.). Oper. omn. Neap. IX. 375 A.

likenscholien — XIII. 2. 2 —: der Käufer habe die Wahl, ob er entweder das, was an dem richtigen Werth der Sache fehlt, ergänzen wolle, oder . . . . *ἢ τὸ λεῖπον εἰς τὴν ἀξίαν διατίμησιν τοῦ πράγματος ἀναπληρῶσαι.* Zachariae von Lingenthal[1]) referirt uns ferner eine gerichtliche Entscheidung des Magister Eustathius Romanus, in der es sich um Anfechtung der Verkäufe von Landgütern wegen laesio enormis handelte. Es heisst dort: *καὶ ποιῶν τὴν ἀναπλήρωσιν τοῦ δικαίου τιμήματος ἀπολαμβάνωσι δὲ καὶ οἱ ἐγκαλοῦντες τό δίκαιον τίμημα καθόσον ἀξιοῦνται τὸ κτῆμα*[2]). Ausführlicher ist der Rechtsfall, dem obige Entscheidung zu Grunde gelegt ist, im *Πεῖρα* 38. 12 enthalten: *„καὶ ἡ τοιαύτη δίκη ἐκρίθη ἐζωνησαμένου τοῦ πρωτοβεστιαρίου κτῆμα τῆς μονῆς δαβὶδ εἰς λίτρας ἐ, καὶ ἐτιμήθη ὕστερον λιτρῶν ἰγ*[3]).

§ 3.

Die Natur des Anfechtungsmittels.

Das Ergebniss der bisherigen Untersuchungen lässt sich dahin zusammenfassen: der Verkauf irgend einer Sache unter der Hälfte ihres individuell berechneten Sachwerthes kann angefochten werden. Jetzt handelt es sich um Feststellung des juristischen Cha-

[1]) Zeitschrift d. Savigny-Stiftung Rom. Abth. IV. Bd. S. 50 und 52.

[2]) Der Käufer kann das Vorwerk behalten, „wenn er den rechten Preis voll macht, — die Kläger aber erhalten den rechten Preis, zu welchem die Besitzung geschätzt wird".

[3]) „diese Sache ist gerichtlich verhandelt worden, als der Obergarderobenmeister eine Besitzung des Davidklosters um 8 Pfund gekauft hatte, welche später auf 10 Pfund geschätzt wurde."

rakters des Anfechtungsmittels, die bedingt ist durch die Interpretation der Worte in der const. 2: „auctoritate intercedente iudicis“. Die Unbestimmtheit und Unklarheit dieser Stelle ist Ursache, dass die Schriftsteller auf die mannigfaltigsten Rechtsmittel verfielen;[1]) sie erklärt sich aber aus der Thatsache — und dieser Umstand darf bei der folgenden Untersuchung nie aus dem Auge gelassen werden — dass schon vor Diocletian's Thronbesteigung die Processformen in ein Uebergangsstadium getreten waren, welches bekanntlich durch die zeitlich gerade zwischen const. 2. 8 verordnete Aufhebung des bis dahin die ordentliche Processform darstellenden „ordo iudiciorum privatorum“ abgeschlossen wurde. Daher kommt es, dass, wie überhaupt in den Rescripten dieser Zeit, so auch in unseren Constitutionen, bereits ein geringeres Interesse vorhanden war, die einzelnen Rechtsmittel speciell zu bezeichnen. — Practisch wichtig ist für uns nur die Frage, ob wir uns das Rechtsmittel aus const. 2 als i. i. restitutio, oder als eine gewöhnliche actio zu denken haben, da, je nachdem man jene oder diese annimmt, die Verjährungsfrist vier- oder dreissigjährig sein würde.

Bei dem Versuche, das Rechtsmittel festzustellen, werden wir zunächst den Text der const. 2 prüfen, und in zweiter Linie einige byzantinische Rechtsquellen,

---

[1]) Während man sich früher auf die „rei vindicatio“, die condictio indebiti, actio spolii, querela laesionis enormis, remedium ex l. 2. C. de resc. vend., oder condictio ex l. 2. C. ht., imploratio officii iudicis berief, steht jetzt zumeist die Annahme einer i. i. restitutio, oder actio venditi, oder actio in factum in Frage. Vgl. Glück's Pandektencomm. XVII. § 1029. N. 68—78. Dedekind: de vera indole et vi laes. enor. Göttingen 1837. cap. III.

welche nach der Behauptung mancher Schriftsteller über diese Frage Aufschluss geben, in den Kreis der Untersuchung ziehen.

Aus dem Wortlaut „auctoritate intercedente iudicis“ hat man versucht, einen Schluss auf die Art des Rechtsmittels zu ziehen: „Unter jener Wortverbindung sei das Machtgebot des Magistrats, nicht aber der Spruch der Geschworenen zu verstehen; ein Einschreiten des Magistrats aber habe hier auf keinem anderen Wege als auf dem der i. i. restitutio erfolgen können.“ In der That ist aber die Nothwendigkeit dieser Deutung in der nachclassischen Zeit keineswegs nachzuweisen; es finden sich vielmehr im C. J. eine Reihe von Rescripten[1]), in denen, obgleich daselbst von einer i. i. restitutio nicht gehandelt wird, gleichwohl derselbe, oder doch ein verwandter Ausdruck steht.

Weiter wurde für die Annahme einer i. i. restitutio sowohl auf const. 1 C. si mai. fact. alien. (V. 74)[2]) vom Jahre 290, als auch auf den allgemeinen Geist der const. 2 hingewiesen. Einerseits behauptete man, in der const. 1 cit. die Grundsätze der const. 2 wiederzuerkennen, und folgerte aus der Unterstellung, dass

---

[1]) c. 2. C. IV. 15; c. 6. C. IV. 54; c. 9. C. V. 3; c. 9. C. V. 18; c. 3. C. VIII. 22; c. 1. C. XI. 62.

[2]) „cum proponas curatorem patris tui non interposito praesidis decreto praedium rusticum heredi —. destinasse venumdare eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse, si minore pretio distractum praedium est et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni concensum dedisse constiterit, ... quod praesidis provisione fieri convenit, cuius sollertiae congruum est, si diversa pars bonam fidem non amplectatur, in arbitrio eius ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere, ita ut fenebris pecunia cum competentibus usuris restituatur.“

in diesem diocletianischen Rescripte von einer i. i. restitutio die Rede sei, auch für die const. 2 das gleiche Rechtsmittel. Anderseits wurden die beiden wesentlichen Voraussetzungen der i. i. restitutio auf die Weise in die const. 2 hineininterpretirt, dass man die causa durch die Bestimmung der Höhe der Verletzung — ultra dimidium — zu ersetzen versuchte. — Da man aber sah, dass der Fall der const. 2 von allen sicheren Fällen der i. i. restitutio insofern bedeutsam abweicht, als hier nicht schlechtweg Wiederherstellung des alten Zustandes — also wechselseitige Rückgabe von Sache und Kaufpreis — sondern Aufhebung der Verletzung[1]) als das Wesentliche erscheint (indem ja jene Wiederherstellung durch Nachzahlung abgewendet werden kann), so haben Einige[2]) den Ausweg ergriffen, die angebliche i. i. restitutio des Rescriptes als eine non plena i. i. restitutio zu bezeichnen.

Was nun zunächst const. 1 C. (V. 74) anlangt, so ist es rein willkürlich, wenn man das hier angeordnete Einschreiten des praeses auf eine i. i. restitutio deutet; denn einmal ist dies Rescript zu mangelhaft erhalten, um ein sicheres Resultat zu gewähren, und sodann spricht gegen die Annahme dieses Rechtsmittels die Bedingung, unter welcher der praeses provinciae den Vertrag nur auflösen durfte: „si diversa pars bonam fidem non amplectatur“. Dieser Relativsatz wird noch bedeutungsvoller, wenn man const. 4 C. de a. et o. (IV. 10) heranzieht, welche Constitution wahrscheinlich

[1]) „ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias — vel — quod deest iusto pretio recipies“ (const. 2).

[2]) Cuiac: Oper. omn. Neap. XI. 374 D.

von den Compilatoren aus const. 1 cit. herausgeschrieben worden ist; dort heisst es: „bonam fidem in contractibus considerari aequum est". Diese auffällige Betonung der bona fides an so massgebender Stelle spricht nach unserem Ermessen eher für die actio venditi, als für eine i. i. restitutio. — Die durch nichts bewiesene Behauptung aber, const. 1 cit. sei auf den Grundsätzen der const. 2 basirt, kann füglich auf sich beruhen.

Ferner widerspricht auch die Fassung der const. 2 der Annahme einer i. i. restitutio. Hätten die Kaiser die Anordnung einer solchen beabsichtigt, so hätten sie nicht die Alternative stellen dürfen: „gieb das Grundstück zurück, oder zahle nach", sondern sie hätten sich bedingt ausdrücken müssen: „wenn der Käufer nicht nachzahlt, wird der Kauf rescindirt". Die Zulassung der Nachzahlung im Sinn der facultas alternativa widerspricht der Natur der i. i. restitutio. Der Zwangscharakter der Klage ist auch in den Basil. XIII. 2. 2 richtig erkannt und womöglich noch schärfer als in const. 2 hervorgehoben *(ἀναγκάζειν ἀυτόν)*. Der Versuch, deswegen die i. i. restitutio in eine „non plena i. i. restitutio" zu verwandeln, heisst einen neuen Rechtssatz durch ein Princip erklären, welches erst aus diesem Rechtssatz abgeleitet ist.

Das Ergebniss dieser Erwägungen wird auch nicht, wie man behauptet hat, durch Ueberlieferungen aus der byzantinischen Praxis geändert.

Zunächst kommt in Betracht ein Basilikenscholium — XIII. 2. 2 — welches sich an l. 2 D. depos. (XVI. 3) anschliesst; hier nimmt Stephanus Anlass, auf const. 2 einzugehen; er erwähnt jedoch das Rechtsmittel nicht, sondern sagt: „*καὶ ἀναγκάζειν ἀυτὸν* (den Käufer)

ἐξ αὐθεντίας τοῦ ἄρχοντος δυοῖν θάτερον ἐπιλέγεσθαι.“ In dieser Umschreibung glaubt Zachariae von Lingenthal[1]) „eine sehr feine Interpretation der const. 2“ zu erkennen. Die Worte Stephanus' lassen „keine andere Deutung zu, als dass er zur Rescission des Vertrages einen Machtspruch des Magistrats, d. i. das ausserordentliche Mittel der i. i. restitutio, für erforderlich gehalten habe. Denn auf die Frage, welche Klage anzustellen sei, weiss er eine solche nicht anzugeben, sondern verweist auf die αὐθεντία (auctoritas) des Magistrats“.[2]) Allein die Schlussfolgerung, weil Stephanus keine Klage erwähne, müsse er die i. i. restitutio im Sinne gehabt haben, ist rein willkürlich; ebensogut kann Stephanus zwischen einer actio in factum und der actio venditi geschwankt haben; oder es lag — was wahrscheinlicher ist — gar nicht in seiner Absicht, die Unbestimmtheit der von ihm umschriebenen Stelle aufzuheben; tritt man ohne Voreingenommenheit an das Scholium heran, so stellt dasselbe sich lediglich als Paraphrase der const. 2 dar und redet nicht bestimmter und nicht unbestimmter als diese.

Weit bedeutsamer ist eine weitere Stelle, welche gleichfalls aus einer byzantinischen Quelle von Zachariae von Lingenthal herangezogen wurde. Es befindet sich nämlich in aus dem XI. Jahrhundert stammenden Handschriften der „ῥοπαὶ“ (cap. 27 § 6) folgender Zusatz: „καὶ τὸ τοῦ ὑπερθεματισμοῦ δίκαιον καὶ τὸ ὑπὲρ τὸ

---

[1]) Zeitschrift d. Savigny-Stiftung. Rom. Abth. IV. B. 53. S.

[2]) Gegen Zachariae's von Lingenthal Annahme einer i. i. restitutio spricht, beiläufig bemerkt, seine eigene Hypothese, dass l. 2 D. depos. (XVI. 3) interpolirt sei; denn l. 2 cit. endet: actiones suas tantummodo praestabit.

διπλάσιον ἐντὸς τετραετίας ἐκανονίσθη κινεῖθαι“[1]); und hieran schliesst sich wiederum im Cod. Paris. gr. 1349 folgende weitere Bemerkung: „*ἰστέον δὲ ὅτι ῥητῶς μὲν τοῦτο τοῖς νόμοις οὐ διηγόρευται, ἀλλ᾽ ἐπειδή περ, ὡς ἐμάθομεν ἐν τῷ ι βι, τῶν βασιλικῶν τι. ᾱ χερ. ᾱ, ἡ ἀποκατάστασις δίδοται διὰ τὴν ἡλικίαν ἢ τὸν φόβον ἢ τὴν πᾰνουργίαν ἢ τὴν ἀπουσίαν ἢ τὴν ἐναλλαγὴν τῆς καταστάσεως ἢ τὴν δικαίαν πλάνην, ὁ δὲ τελειος τῆς ἀποκαταστάσεως, χρόνος τετραετὴς ἐστιν, ἐκανονὶσθη παρὰ τοῖς παλᾶιις καὶ τὸ περὶ τοῦ ὑπερθεματισμοῦ καὶ τὸ περὶ τοῦ ὑπὲρ τὸν διπλασιασμὸν δίκαιον καὶ ἄχρι τετραετίας κινεῖσθαι, ὡς ἐκμιᾶς τῶν εἰρημένων αἰτιῶν τὴν ἀχρὴν λαμβάνον καὶ τοῦτο κρατῆσαν ἐν τῷ δικαστηρίῳ ἦλθε λοιπὸν εἰς νόμου τάζιν.*[2])

Diese Stelle liefert den Beweis, dass die byzantinische Praxis das Rechtsmittel der const. 2 in der That nach den Regeln der i. i. restitutio behandelt hat. Allein so interessant, historisch betrachtet, dieser Aufschluss ist, eine uns bindende Entscheidung ist darin nicht zu finden. Der byzantinische Jurist selbst bekennt, dass in const. 2 ein bestimmtes Rechtsmittel

---

[1]) „Es ist als Regel angenommen worden, dass das Recht des Ueberbietens und der Auflösung des Kaufs, wenn über das Doppelte geboten wird, innerhalb vier Jahren geltend gemacht werden kann.“

[2]) „Zu wissen: Dies ist zwar in den Gesetzen nicht ausdrücklich ausgesprochen, da jedoch, wie wir aus den Basilik. Bd. 10 T. 1 K. 1 wissen, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ertheilt wird, wegen Minderjährigkeit, oder Furcht, oder Betrug, oder Abwesenheit, oder Veränderung des Status, oder gerechtfertigten Irrthum und für die Wiedereinsetzung eine ununterbrochene vierjährige Frist gesetzt ist, so haben die Alten die Regel aufgestellt, dass das Recht des Ueberbietens und der Auflösung des Kaufes wegen eines das Doppelte übersteigenden Gebotes nur innerhalb vier Jahren geltend gemacht werden könne, als ob es auf einer der angegebenen Ursachen beruhe und diese Regel ist im Gerichte anerkannt worden und hat somit Gesetzeskraft erlangt.“ (Uebersetzung Zachariae's.)

nicht genannt werde — *ῥητῶς μὲν τοῦτο τοῖς νομοῖς οὐ διηγόρευται* — und befindet sich also in keiner besseren Lage wie wir; während andererseits die Gründe, welche der Jurist für die in integrum restitutio beibringt, nicht als stichhaltig gelten können, zumal er dabei dem kaiserlichen Rescripte Grundsätze, die Diocletian in l. 6 C. d. resc. vend. (IV. 44) ausdrücklich verworfen hat, unterschiebt.

Ueberwiegen hiernach die gegen eine i. i. restitutio sprechenden Gründe, so sei schliesslich noch darauf hingewiesen, dass sie auch durch eine Vergleichung der const. 2 mit l. 12 § 1 D. d. iur. dot. (XXIII. 3)[1]) und l. 1 § 12 D. s. q. i. fraud. patr. f. s. (XXXVIII. 5)[2]) Unterstützung erfahren, denn wenn auch zwischen ihnen und const. 2 keine innere Verwandtschaft obwaltet, so zeigen doch die Entscheidungen in ihren technischen Bestandtheilen eine bemerkenswerthe Uebereinstimmung — hier wie dort ein iustum pretium und eine facultas alternativa — und so erscheint es beachtenswerth, dass die beabsichtigte Rechtswirkung in den citirten Stellen nicht durch die i. i. restitutio, sondern durch die den dort genannten Rechtsgeschäften eigenthümlichen Klagen herbeigeführt wird.

Nach dem Bisherigen wird man als bewiesen annehmen müssen, dass unter den fraglichen Rechtsmitteln der const. 2 jedenfalls nicht die i. i. restitutio

---

[1]) „Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse . . . . enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet."

[2]) „Si quis in fraudem patronorum rem vendiderit, vel locaverit vel permutaverit, quale sit arbitrium iudicis, videamus. et in re quidem distracta deferri condicio debet emptori, utram malit rem emptam habere iusto pretio an vero a re discedere pretio recepto."

gemeint sein konnte. Dann aber hat man nur die Wahl zwischen der actio venditi und einer actio in factum. Für erstere kann man geltend machen, dass sie nach l. 6 C. de act. empt. et vend. (IV. 49)[1]) sowohl auf Auflösung des Kaufvertrages, als auch auf Eintreibung des Kaufpreises gehen kann. Unter dem Kaufpreise aber hätten wir uns bei const. 2 das iustum pretium zu denken.

§ 4.

Die ratio legis.

Es wird zunächst unsere Aufgabe sein, diejenige Auffassung des Grundprincips der const. 2 kritisch zu behandeln, welche sowohl unter allen aufgestellten Meinungen verhältnissmässig am meisten für sich hat, als auch seit den Zeiten des Mittelalters bis auf unsere Tage die weitestverbreitete ist[2]) und in Folge dieser langjährigen Einwirkung auf die deutsche Praxis eine ganz besondere Wichtigkeit erlangt hat.

Nach dieser Auffassung soll die durch const. 2 gegebene Berechtigung zur Anfechtung des Kaufvertrages ihre Begründung der „Natur des Kaufes als

[1]) „Venditi actio, si non ab initio aliud convenit, non facile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit." (Diocletian v. J. 293 vgl. c. 4 C. IV. 44.)

[2]) Baldus Ubaldus. Comm. in C. libr. Lugd. 1585 N. 2. 5. 6. Duareni oper. omn. Lugdun. 1584 i. T. de verb. oblig. 2. l. 36. Donellus. Comm. i. C. libr. Colon. 1587 N. 17. — Reiche Literaturnachweise in Glück's Pandektencomm. XVII. § 1030 und Chambon: Beiträge z. Obligat.-Recht I. 3. — Seuffert's Archiv XIX. 28. N. F. VII. 102.

zweiseitigem bonae fidei contractus" entnehmen.[1]) Es dürfe der Vortheil des Geschäfts nicht einseitig der einen Partei zu gute kommen; denn wenn auch kleine Ungleichheiten aus legislativen Rücksichten practischer Natur übersehen werden müssten, so sei doch ein gewisses Gleichgewicht zwischen beiden Parteien zu erzielen und handgreiflichen Unbilligkeiten — manifesta iniquitas — abzuhelfen. — Aus dem Gesagten ergebe sich einerseits die innere Begründung des dem Verkäufer zustehenden Anfechtungsrechts im Falle seiner Uebervortheilung und anderseits auch die Nothwendigkeit dies Anfechtungsrecht dem Käufer bei ähnlicher Verletzung zuzusprechen. Man blieb aber bei dieser Ausdehnung der Grundsätze der const. 2 nicht stehen, sondern übertrug die Bestimmung der kaiserlichen Rescripte auf die Mehrzahl der gegenseitigen bonae fidei-Contrakte. M. a. W. die Vertreter dieser Ansicht behaupten, dass das Anfechtungsrecht des Verkäufers keinen neuen Rechtsgedanken enthalte, sondern in ihm nur eine Anwendung des allgemein bei bonae fidei-Contrakten geltenden Princips der bona fides zu erkennen sei; und sie hielten es für rein zufällig, dass der Fall, den die Kaiser entschieden, ein Verkauf gewesen sei und somit im Gesetze nur vom Verkäufer geredet werde.

Sehen wir nun, welche Beweise für diese Auffassung beigebracht worden sind. Selbstverständlich berief man sich auf die allgemeine Natur der bona fides, wie sie sich im classischen Recht entwickelt habe; doch begnügte man sich nicht damit, sondern glaubte

---

[1]) Glück's Pandektencomm. XVII. § 1033. Chambon: Beiträge z. Obligat.-Recht I. S. 135. Seuffert's Archiv XIX. 28.

in einigen Rechtsinstituten und selbst einzelnen Rechtsentscheidungen Anhaltspunkte für die aufgestellten Behauptungen zu finden.[1])

Im Folgenden werden wir zunächst jene angeblichen speciellen Anknüpfungspunkte an das classische Recht[2]) kritisch prüfen, alsdann zusehen, ob das allgemeine Princip der bonae fidei ausreicht, die Verfügung der const. 2 zu rechtfertigen.

Chambon und Dankwardt[3]) haben nach dem Vorgang älterer Schriftsteller versucht, die Bestimmungen der const. 2 und 8 an das Institut der aedilicischen Klagen anzuknüpfen. Ihre Argumentation ist folgende: die aedilicischen Klagen schützten den Käufer ursprünglich nur im Falle der „Fehlerhaftigkeit der Sache" vor „Unverhältnissmässigkeit des Preises", in Folge einer natürlichen Fortentwicklung ihrer Principien hätten sie später — in Form einer act. quant. min. utilis — auch bei „Unverhältnissmässigkeit" des Preises ohne „Fehlerhaftigkeit der Sache" gegolten. Den Abschluss dieser Entwicklung zeige uns const. 2, welche der Unsicherheit über den Begriff von „unverhältnissmässig" durch

---

[1]) Chambon a. a. O. S. 130: man darf aber kein Pandektenfragment erwarten, welches vollständig seinem Inhalt nach der const. 2 entspricht. Finden sich aber in den Quellen Rechtssätze, die mit const. 2 im letzten Grunde eine gemeinschaftliche Basis haben, so ist der Schluss auf die Existenz eines hier wie dort zur Geltung gekommenen Princips gerechtfertigt.

[2]) Der von Caillemer gemachte Versuch, die Grundsätze der const. 2 im griechischen Recht — Demosthenes: pro Pantaeneto § 12 Reiske 970 — nachzuweisen, ist nicht überzeugend. Vgl. Caillemer le contrat de vente à Athénes. 2° art. § VII. p. 32: Revue de législation ancienne et moderne. 1873.

[3]) Chambon a. a. O. Dankwardt, Nationalökonomie und Jurisprudenz, Heft IV. S. 30—44.

gesetzliche Bestimmung ein Ende mache und als neu die facultas alternativa einführe.

Aber diese angebliche Entwicklung ist eine gänzlich unbewiesene Hypothese; schon die Ausdehnung der dem Käufer zustehenden act. quant. min. auf reine Preisverletzungen würde vielmehr etwas völlig Neues gegenüber dem Princip der aedilicischen Klagen darstellen, und man würde den Boden des Instituts ganz verlassen, wollte man sogar dem Verkäufer die nämliche act. quant. min. utilis zusprechen. — So scheinen denn auch jene beiden Schriftsteller selbst den Consequenzen einer so unerhörten „Fortentwicklung" der Klage rathlos gegenüber zu stehen — denn was soll es anders heissen, wenn sie trotz dieser „natürlichen" Fortbildung gleichwohl const. 2 eine „übereilte" Bestimmung nennen, welche der Rechtsentwicklung vorgegriffen habe!

Mit etwas grösserer Berechtigung sind einige anomale Rechtssätze aus der Lehre von der dos venditionis causa aestimata herangezogen worden; nämlich der in l. 12 § 1. D. d. iur. dot. (XXIII. 3) ausgesprochene Satz, dass der Mann seiner bei der Abschätzung der Dos übervortheilten Frau entweder das Object zurückzugeben, oder den wahren Werth sich anrechnen lassen müsse, welches Princip in l. 6 ht. und in c. 6 C. de sol. matr. (V. 18) auch zu Gunsten des übervortheilten Mannes Anwendung findet. Da nun im Ganzen die dos aestimata bekanntlich nach Kaufgrundsätzen behandelt wird — „dotis aestimatio venditio est" — so will man in den genannten Bestimmungen die vollkommen gleichartigen Grundsätze der const. 2 vorfinden.

Allein die dotis aestimatio ist keineswegs ein reiner

Kauf,[1]) weshalb man nicht ohne weiteres berechtigt ist, einen für dies Institut gültigen Rechtssatz auf den Kaufvertrag allgemein auszudehnen. Die Begründung freilich, welche Pomponius in l. 6 cit. dem genannten, auf die dos aestimata bezüglichen Satze mit „nemo cum damno alterius locupletior fieri debet" giebt, würde ebenso gut auch für das Anfechtungsrecht bei laesio enormis angeführt werden können; aber wir werden wohl kaum Widerspruch zu befürchten haben, wenn wir jener Motivirung keinerlei Bedeutung beimessen. Bekanntlich steht das hier ausgesprochene Princip seinem Ursprunge nach zu sehr ausserhalb des positiven Rechts, um von ihm eine Einzelbestimmung ableiten zu können. (Chambon.) Auch die in den angeführten Entscheidungen, gleichwie in const. 2 auftretende facultas alternativa darf uns nicht verleiten, das letztere Gesetz zu ersterem in Parallele zu stellen; denn die Uebereinstimmung eines Bestandtheils der äusseren juristischen Technik gestattet noch keinen Schluss auf die innere Principienverwandtschaft zweier Gesetze.[2]) In Wahrheit werden vielmehr jene die Dos betreffenden Bestimmungen ihren besonderen Grund in den eigenartigen ehelichen Verhältnissen finden, welche ihrer Natur nach eine Uebervortheilung des einen Ehegatten durch den anderen ausschliessen (vgl. Mommsen: Beiträge z. Obligat.-Recht II. S. 109).

---

[1]) Windscheid: Pandekt. II. § 49. 4 und 11. Vgl. l. 16 D. ht.: „quia non simplex venditio sit, sed dotis causa."

[2]) Auch die l. 1 § 12 D. s. q. i. fraud. patr. f. s. (XXXVIII. 5) hat man nach den obigen rein äusserlichen Gesichtspunkten verwenden wollen, wobei weiter noch übersehen ist, dass diese Stelle auf Seiten des Veräusserers — des Freigelassenen — einen dolus voraussetzt, welchen man doch unmöglich in const. 2 auf Seiten des Veräusserers annehmen kann.

Ein weiterer Versuch, das Rechtsprincip der const. 2 mit dem classischen Rechte in Verbindung zu setzen, ist mit Rücksicht auf einige, für das Institut der societas geltende Rechtssätze[1]) gemacht worden. Denn da hier der Grundsatz aufgestellt ist: das „arbitrium boni viri" könne corrigirt werden durch das „iudicium bonae fidei," so behauptet Chambon: der Gedanke „Abwehr einer durch Unverhältnissmässigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung hervorgerufenen Iniquität" liege sowohl dieser Stelle, als auch const. 2 zu Grunde. Darauf ist zu entgegnen, dass in jenen Bestimmungen zur societas nur betont wird, dass die Geschwornen beim iudicium bonae fidei auf Unbilligkeiten Rücksicht zu nehmen haben, die von dem Arbiter bei Feststellung der von den Parteien unbestimmt gelassenen Societätsantheile begangen worden sind, und diesen Satz wird wohl Niemand bestreiten. Hier jedoch müsste der specielle Nachweis erbracht werden, das die Geschwornen das pretium certum als solches zu ändern vermochten. Dies geht aber aus den genannten Stellen nicht hervor.[2])

Haben wir im Bisherigen gesehen, dass die angeblichen historischen Anknüpfungspunkte in Wirklichkeit keinerlei Anknüpfung gewähren,[3]) so haben

---

[1]) l. 6 76. 79 D. pro socio (XVII. 2). l. 24 D. loc. cond. (XIX. 2).

[2]) Die l. 76 cit. führt aus: „arbitrorum enim genera sunt duo: unum . . . ., alterum eiusmodi, ut boni viri arbitrium redigi debeat", von diesem letzteren heisst es in l. 24 cit: „quale viro bono convenit."

[3]) Weit eher könnte ein solcher Anknüpfungspunkt in dem bereits oben S. 14 erwähnten singulären Bestimmungen über die fiscalischen Verkäufe gefunden werden.

wir nunmehr nur noch die Frage zu erörtern, ob es überhaupt die bona fides verlangt, dass eine Differenz zwischen Preis und Werth vom Richter berücksichtigt werde. Nach unserem Ermessen hat die Antwort verneinend zu lauten und folgende Erwägungen lassen uns zu diesem Ergebniss gelangen.

Einigermassen wird unsere Behauptung durch ein Eingehen auf const. 8 belegt, welche die const. 2 gerade interpretiren sollte, und im Hinblick auf diese besondere Wichtigkeit der Stelle ist es nur zu verwundern, dass die Vertreter jener Hypothese von einer nachclassischen Fortentwicklung der bona fides dieselbe mit Stillschweigen übergangen haben: „hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. Quod videlicet si contractus emptionis et venditionis cogitasses substantiam . . . profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum.“ Die const. 8 sagt also gerade zu, dass die den Kaufvertrag beherrschende bona fides nicht die Anfechtung wegen einer Preisverletzung ermögliche; wenn die Stelle fortfährt: „nisi minus dimidia iusti pretii . . . datum est,“ könne der Vertrag angefochten werden, so wird in diesem Nachsatz nur die äussere Voraussetzung der Anfechtung — minus dimidia iusti pretii — genannt, und so die Singularität und Positivität der Bestimmung deutlich hervorgehoben.

Wir finden aber auch in zahlreichen Entscheidungen des classischen Rechts die Anschauung niedergelegt, dass die Geschwornen des iudicium bonae fidei wegen einer Unverhältnissmässigkeit zwischen Preis

und Werth die Aufhebung des Kaufvertrages nicht zuzulassen haben, und somit das classische Recht kein Mittel besass, um einer reinen Interessenverletzung steuern zu können.

Von principieller Bedeutung sind folgende Stellen: erstlich l. 11 § 1 D. d. act. empt. (XIX. 1.) .... „cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est (Vgl. l. 48 ht.). Hier wird grundsätzlich und energisch betont, dass die erste Forderung der bonae fidei die Achtung vor dem Parteiwillen ist; dem gegenüber treten andere Billigkeitsrücksichten zurück; stellte sich auch der Verkauf für den Verkäufer als unvortheilhaft heraus, so lag es ja doch in seiner Absicht, ihn auf diese Weise einzugehen. Ferner der berühmte l. 16 § 4 D. d. min. (IV. 4): „idem Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“ und l. 22 § 3 D. loc. cond. (XIX. 2): „quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.“ Woran sich in fr. 23 eod. die Bemerkung anschliesst: „et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest“ (vgl. l. 54 D. de contr. empt. XVIII. 1). In diesen Stellen ist klar und bündig der Grundsatz aufgestellt, dass beim Kaufvertrag und Miethvertrag der eine Contrahent in Ansehung des Kaufpreises übervortheilt werden dürfe. Dasselbe Resultat ergeben per arg. contr. l. 11 § 18 D. de act. empt. (XIX. 1): „neque enim bonae fidei contractus hoc patitur conventione,

ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret“ und l. 21 pr. D. ht.: „si sterilis ancilla sit, cuius partus venit, vel maior annis quinquaginta, cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.“ Nach diesen Stellen hilft die bona fides nur, wenn überhaupt kein Gegenwerth geleistet worden ist.

Die sich hiernach ergebenden Grundsätze finden in einzelnen Entscheidungen ihre Bestätigung. In l. 40 D. de contr. empt. (XVIII. 1)[1]) wird Paulus folgender Fall zur Begutachtung vorgelegt: der Verkäufer eines Landgutes hatte im Kaufvertrage ausgemacht, dass innerhalb 30 Tagen der Käufer den Flächeninhalt des Grundstücks ausmessen und Anzeige davon machen solle. Der Käufer misst das Gut aus, findet es kleiner als angenommen war und erhält in Folge dessen einen Theil des bereits entrichteten Kaufpreises zurück. Als er nach einiger Zeit die Vermessung nachprüft, findet er, dass er irrthümlicherweise und sehr zu seinem Schaden auf einen zu grossen Flächeninhalt gekommen war und nun: „quaerebat, an id quod minor is esset, consequi a suo venditore posset.“ Aber in der Antwort des Juristen wird auf die Unverhältnissmässigkeit des Preises gar nicht eingegangen.

Unter demselben Titel sind noch mehrere Fälle enthalten, bei deren Beurtheilung auf eine iniquitas,

---

[1]) „Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat: ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur et de modo renunciaret et si ante eam diem non renunciasset, ut venditoris fides, soluta esset. emptor intra diem mensurae, quo minorem modum esse credidit, renunciavit et pecuniam pro eo accepit. postea eum fundum vendidit. et cum ipse emptori suo admetiretur multo minorem modum agri, quam putaverat invenit. quaerebat an id quod minoris esset consequi a suo venditore posset. respondit, interesse qnemadmodum lex diceretur.“

die allein in einer Differenz zwischen Preis und Werth liegt, durchaus keine Rücksicht genommen wird. Es sind dies l. 10. ht.: „aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet“ (Paulus) und l. 14 ht.: „quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Utputa si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro aureo veneat, non valet.“ (Ulpian.) Man darf nicht einwenden, die Juristen hätten hier, wo die Folgen des Irrthums in Frage standen, keinen Anlass gehabt, sich über das Missverhältniss zwischen Preis und Werth zu äussern, und deshalb gehe aus diesen Stellen nicht sicher hervor, ob eine auf diese Preisdifferenz gegründete Anfechtung nicht später noch stattgefunden habe. Es würde von schlechtem juristischen Takte zeugen, Beispiele zu wählen, deren Natur, wie obige Fälle zeigen, eine solche Differenz gradezu mit Nothwendigkeit ergeben. Nein, der Jurist wählt absichtlich einen Fall, der ein solches Missverhältniss zwischen Preis und Werth ergiebt, um zu zeigen: nicht auf noch so unbilliger Werthverletzung, sondern ausschliesslich auf der Natur des Irrthums beruht das Anfechtungsrecht.

Dasselbe Resultat gewährt auch l. 47 D. de evict. (XXI. 2): „si duos servos quinis a te emam et eorum alter evincatur, nihil dubii fore, quin recte eo nomine ex empto acturus sim, quamvis alter decem dignus sit, nec referre, separatim singulos an simul utrumque

emerim.“ — Während zur Zeit des Kaufabschlusses die für 10 gekauften Sklaven einen Werth von 15 repräsentirten, stellt sich später nach der Entwehrung das Verhältniss wie 10 : 10; es wird nun gefragt, ob der Käufer Ersatz des Schadens fordern könne? Ja, lautet die von Africanus gegebene Antwort.

Damit ist also nachgewiesen, dass im classischen römischen Rechte eine manifesta iniquitas in unserem Sinne zu einer Anfechtung des Kaufvertrages nach den Grundsätzen der bonae fidei nicht hingereicht hat. Ist dies aber die Consequenz der classischen Auffassung der bonae fidei, so scheint es unglaublich, dass sich die Auffassung derselben wenig später — zur Zeit Diocletian's — so umgewandelt haben sollte, um die Begründung einer Anfechtung nach const. 2 aus ihr abzuleiten. Gegen eine solche Umwandlung spricht der Gang der römischen Rechtsentwicklung; ebenso jene früher citirten Stellen im C. Th. (const. 1. 4. 7. III. 1), welche die Anfechtung eines Kaufvertrages wegen eines zu geringen Kaufpreises verweigern. So leicht es sich begreifen lässt, dass diese Constitutionen sich gegen ein neu aufgestelltes Princip, wie das der const. 2, kehren, so unwahrscheinlich bleibt es, dass sie Rechtsgrundsätze, die aus dem längst feststehenden Princip der bonae fidei abgeleitet waren, hätten umstossen wollen.

So kommen wir schliesslich zu dem Resultate, dass das auf const. 2 beruhende Anfechtungsrecht nicht auf einer nachclassischen Entwicklung des allgemeinen bonae fidei Principes beruht, sondern im Gegentheil, soweit unsere Kenntniss reicht, einen ohne Verbindung mit dem classischen Recht dastehenden, singulären Charakter hat.

§ 5.

Die Irrthumstheorie.

Es ist bereits erwähnt worden, dass die Rechtswohlthat aus const. 2 nach einer schon aus dem späteren Mittelalter datirenden Praxis nicht nur dem Verkäufer, sondern auch dem Käufer zugestanden wurde. Jedoch pflegte mit dieser Ausdehnung der Grundsätze der const. 2 eine erhebliche Einschränkung verbunden zu sein.[1]) Denn Beiden, dem Verkäufer wie dem Käufer, sprach man das Anfechtungsrecht für den Fall ab, dass sie Kenntniss vom wahren Werthe des Objects besassen, also nicht auf Grund eines Irrthums über denselben contrahirt hatten; sobald aber einer der Contrahenten nicht einem Irrthum über den Werth unterlag, sondern den wahren Werth des Gutes kennend, in einen so ungünstigen Vertrag einwilligte, behauptete man, dass er stillschweigend mit dem Mehrbetrag eine Schenkung machen, oder einen Verzicht habe leisten wollen. Da indess bei einem Nothverkaufe diese letzteren Motive dem Verkäufer nicht untergelegt werden konnten, so befürworteten einige Schriftsteller für diesen wichtigen Fall eine Ausnahme vom Principe.

---

[1]) Schon Pinelus: Comm. ad Tit. de resc. vend. c. 2 Colon. 1584 P. I. c. 2 zählt sechszehn Vertreter der Irrthumstheorie auf. Literaturnachweise bei Glück: Pandektencomm. XVII. § 1030, und Chambon: Beiträge z. Obligat.-Recht I. 3. — Vgl. Sammlung v. Erkenntnissen u. Entscheidungsgründen des O.-A.-G. in Lubeck II. Bd. 26 (juristische Fakultät in Kiel). Seuffert's Archiv, dafür I. 47 II. 356, III. 160, IV. 28, VI. 17, XI. 17; dagegen XIV. 218, XXVIII. 212, N. F. III. 18.

Erst in neuester Zeit wurde der Versuch gemacht, diese Theorie — wir werden sie der Kürze halber die Irrthumstheorie nennen — eingehender zu begründen, indem man in folgender Weise argumentirte: vor dem Erlass der const. 2 sei der Irrthum über den Werth einer Sache als unwesentlich angesehen worden; es habe der Satz gegolten: „in emptionibus et venditionibus naturaliter licet se circumvenire" und lediglich diese Lücke in der juristischen Berücksichtigung des Irrthums sei durch die Bestimmungen der const. 2 ausgefüllt worden. Aber es sei damit von den Kaisern nicht der Irrthum über den Werth schlechthin gemeint worden, sondern — und dies fand man ganz natürlich — nur der, eine beträchtliche Werthdifferenz betreffende Irrthum, deren Höhe positiv auf eine Ueberschreitung des halben Werthes festgesetzt sei.[1])

Allein dieser Irrthumstheorie widerspricht eine unbefangene Würdigung der const. 8; dort nämlich wird ausgeführt, dass die eine der Parteien die andere wohl übervortheilen dürfe — und dies wird uns in der für den südlich lebhaften Charakter bezeichnenden Art und Weise geschildert —, aber es müsse diesem Treiben eine Grenze gezogen werden, deren Ueberschreitung die Berechtigung zur Anfechtung des Vertrages zur Folge habe. Diese wird nun zu Gunsten des Verkäufers auf die Hälfte des wahren Werthes festgesetzt.[2]) Es zeigt sich also, dass hier garnicht speciell

---

[1]) Seuffert's Archiv IV. 28 (Stuttg. O. Tr. 1850).

[2]) „quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes adhunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic, quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium."

an die Ausnützung eines Irrthums auf Seiten des Verkäufers gedacht ist, sondern ebensowohl an die Ausbeutung einer persönlichen Nothlage, oder des Leichtsinns des Verkäufers u. s. w.

Dieses aus dem allgemeinen Charakter der const. 8 gewonnene Resultat wird durch folgende Erwägungen bestätigt. Als Regel darf man wohl annehmen, dass die contrahirenden Parteien, zumal der mit der Sache vertraute Verkäufer, den Werth des Kaufobjects kannten, und ein Irrthum gar um mehr als die Hälfte des Werthes kann nur als Ausnahmefall angesehen werden. Sollte nun ein solcher wirklich einem Gesetze zu Grunde gelegt werden, so bedurfte es nothwendig einer nachdrücklichen Betonung dieses Umstands. Aber in beiden Constitutionen findet sich ein Irrthum über den Werth nicht nur mit keiner Silbe erwähnt, sondern die Kaiser nahmen vielmehr gerade in dem Falle, bei dem ein solcher Irrthum am seltensten vorzukommen pflegt, Anlass zu ihrer Neuerung. Denn bei Grundstücken pflegt man, entsprechend dem gewöhnlich besonders hohen Werthe, mit Ueberlegung zu dem Verkaufe zu schreiten. Und ferner bevorzugten die Kaiser durch die Beschränkung der gesetzlichen Vorschrift auf den Verkäufer gerade diejenige Partei, welche der Natur der Sache nach viel weniger schutzbedürftig, weil weniger einem Irrthum ausgesetzt, ist.[1]) Der Käufer, welcher ein Grundstück zu erwerben im Begriffe steht, ist oft nicht zur Genüge unterrichtet über dessen Bodenwerth, sowie die bisherige Bewirthschaftung, die möglicherweise zur Ausmergelung des Landes geführt hat;

[1]) „neque inanibus immorari sinatur objectis, ut vires sibimet locorum causetur incognitas, qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta debuerat“ (const. 15 C. IV. 44).

er kennt weniger als der Verkäufer das Kaufobject und kann also auch leichter übervortheilt werden. Und dieses weit grössere Risiko des Käufers sollte ein Gesetz schutzlos lassen, während es den günstig gestellten Verkäufer noch mehr bevorzugte?

§ 6.

Die Noththeorie.

Unserer Besprechung bleibt noch diejenige Theorie [1]) vorbehalten, welche sich im Anschluss an die besprochene Irrthumstheorie entwickelt hat. Die Ausnahme, welche letztere sich von ihrem Principe erlaubte: die Anfechtung auch für den Fall eines Verkaufes aus Noth zu gestatten, wurde hier zur leitenden Idee des Gesetzes erhoben. Const. 2 sollte jetzt zum Schutze des aus Gründen der Noth veräussernden Verkäufers erlassen worden, gleichsam eine Art von Wuchergesetz sein. [2])

Zur Begründung dieser Auffassung hat man folgen-

---

[1]) Vertreter sind: Molinaeus, Tractat. d. commerciis et usuris. quaest. 172. Cuiac, Observationum et Emendationum libr. XVII. Colon. 1578, l. 16 c. 18. Faber, Errores Pragmaticor. Lugdun. 1594. Dec. VIII. error. 7. v. Weisseneck im Archiv für civilistische Praxis Bd. IV. N. 8. Lassalle, System der erworbenen Rechte. I. Bd. S. 106. Keller, Pandekten § 333. Puchta, Pandekten § 364. Zachariae von Lingenthal in der Zeitschr. d. Savigny-Stiftung IV., ferner Holzschuher, Sintenis, Unterholzer. — Seuffert's Archiv III. 160, VI. 170, VIII. 243, — dagegen XIX. 28.

[2]) Denn es liege const. 2 „dieselbe Rücksicht auf die fehlende Willensfreiheit bei scheinbar vorhandenem Willen" zu Grunde (Keller, a. a. O.).

des beigebracht: im allgemeinen könne man davon ausgehen, dass der Verkäufer mindestens den wirklichen Sachwerth zu erhalten strebe — „neminem res suas iactare velle“ — und da im Gesetz nur von einem Schutz gegen sogar die Hälfte desselben übersteigende Werthverletzungen gehandelt werde, so könne es nur einen Ausnahmefall im Auge haben. Als ein solcher lasse sich aber nur ein Nothverkauf denken, welchen sich der Käufer mehr oder minder wucherisch zu nutzen machte. — Weshalb das Gesetz aber allein vom Verkäufer, und wie es eine noch strengere Richtung interpretirt, nur vom verkaufenden Grundeigenthümer rede, erkläre sich daraus, dass der Verkäufer, „wie gross auch sein Reichthum an Nutzwerthen sei, sich in Verlegenheit wegen mangelnder Zahlmittel, die nur im allgemeinen Tauschwerth (Geld) bestehen, befinden könne“ (Lasalle). Der Käufer aber könne aus Geldnoth nie in die Lage kommen, unverhältnissmässig theuer zu kaufen. Deshalb sei nicht bloss der Käufer vom Anfechtungsrecht auszuschliessen, sondern auch jede weitere Ausdehnung der Grundsätze der const. 2 zu verwerfen.

Geht man näher auf die Auffassung der „Noth“ bei den einzelnen Vertretern dieser Ansicht ein, so findet sich, dass darunter zwei durchaus verschiedene Situationen verstanden werden: nämlich nach einigen Schriftstellern soll const. 2 Abhülfe einer allgemeinen, einen ganzen Stand umfassenden Nothlage — wie ein Moratorium — gewähren und als eine socialpolitische Massregel grossen Stils aufzufassen sein; nach anderen soll sie den Einzelnen, den in lediglich individueller Noth befindlichen Veräusserer, vor Ausbeutung derselben schützen. Diese beiden Fälle der Noth werden

wir bei der nun folgenden Beurtheilung dieser Theorie getrennt zu betrachten haben.

Jeder generelle, eine ganze Classe von Gewerbtreibenden ergreifende Nothstand bewirkt ein dementsprechendes Fallen der Preise, welche in kritischen Zeiten dann oftmals zur tiefsten Basis herabgedrückt werden (Schleuder-Nothpreise). Trotzdem bestimmen die kaiserlichen Rescripte, dass erst dann einer Anfechtung des Kaufvertrages nachzugeben sei, wenn der vereinbarte Preis unter die Hälfte des zur Zeit vorhandenen Sachwerthes — also auch unter die Hälfte der anomalen Preise eines Nothstandes — heruntergegangen wäre. Wie soll durch eine solche Vorschrift aber dem unter der Nothlage leitenden Eigenthümerstand geholfen werden? Der Einwand, dass das „iustum pretium nicht der Marktpreis sei, ist hierbei ohne Gewicht; const. 8 definirt dasselbe als einen solchen Preis „quod fuerat tempore venditionis"; wie schon früher gezeigt, will dieser Relativsatz besagen: die Berechnung des Sachwerthes soll nicht auf Grund eines Durchschnittsanschlages unter Berücksichtigung früherer — besserer — Zeiten, sondern nach den, den Markt jedesmal beherrschenden Faktoren erfolgen. Gerade aber diese Schätzung muss den gesunkenen Preis, welcher durch die Krisis hervorgerufen wurde, ergeben. Der Fall nun aber, dass in kritischen Zeiten irgend ein Verkäufer unter der Hälfte eines solchen Schleuderpreises veräusserte, wird zu selten vorkommen, um eine gesetzliche Abhülfe zu erheischen.

Damit ist bewiesen, dass, wenn überhaupt die Noththeorie richtig ist, nur an individuelle Noth gedacht sein kann; aber auch gegen diese Annahme lässt sich manches einwenden. Es mag wohl zuge-

standen werden, dass durch const. 2 der, unter dem Drucke der Noth verkaufende Contrahent wenigstens in gewisser Weise geschützt wird, da er so mindestens die Hälfte des Durchschnittspreises erlangen kann. Aber diese singuläre Rücksichtnahme des Gesetzes auf individuelle Noth, zu der sich sonst nirgends ein Analogon findet, hätte gleichfalls mit besonderer Betonung im Gesetze selbst hervorgehoben werden müssen; nichts dergleichen findet sich in den Constitutionen, welche sich nicht einmal auf einen wirthschaftlich enggezogenen Kreis von Objecten — Grundstücken — sondern, wie oben nachgewiesen ist, auf Sachen aller Art erstrecken. So wächst die Zahl der Fälle ganz ausserordentlich, in denen der Kaufgegenstand auch objectiv einen verhältnissmässig geringen Werth besitzt, und weil die Schädigung des Eigenthümers deshalb auch eine geringe ist, würde sich wegen einer Verletzung desselben im Einzelfalle kaum ein besonderes Eingreifen seitens der Gesetzgebung rechtfertigen.

Dieser Einwurf ist von den Vertretern [1]) der Noththeorie empfunden worden, und um ihm vorzubeugen, verfocht man im Widerspruch mit dem generell redenden Gesetze eine Beschränkung desselben auf Grundstücksverkäufe. Hier freilich kann die Verletzung über die Hälfte so bedeutend sein, dass sie den Verkäufer seiner Existenzbasis zu berauben vermag. Eine Widerlegung dieser Interpretation ist schon früher versucht worden, und braucht deshalb jetzt nicht wiederholt zu werden.

---

[1]) Cuiac. a. a. O. — Die französischen Juristen bei Abfassung des codè Napoléon. Vgl. Gönner's Archiv f. Gesetzgeb. II. Bd. 356 flg. — Plather in der preuss. Gerichtszeitung 1860 N. 50. — Neuerdings scheint Zachariae von Lingenthal's Aufsatz (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung) zu der Verbreitung dieser Auffassung wesentlich beigetragen zu haben.

*

§ 7.

Consequenzen.

Wir haben im Vorigen gesehen, dass sowohl die Irrthums-, wie die Noththeorie einer ausreichenden Begründung entbehren. Welches auch der Gedanke gewesen sein mag, dem das Gesetz Diocletians entsprungen ist, er lässt sich für uns nicht mehr ermitteln und ist jedenfalls in das Gesetz selbst nicht übergegangen.

Folgt nun aber aus diesem negativen Resultat unserer Untersuchung, dass die Verhältnisse, welche zum Abschluss des Verkaufes unter der Hälfte geführt haben, die Anfechtbarkeit desselben überhaupt nicht berühren? das wäre ein unerträgliches Ergebniss. Nur das darf man schliessen, dass die Begründung der Anfechtungsklage ein Eingehen auf jene Verhältnisse nicht erfordert, dass zu dieser Begründung die Behauptung: es sei unter der Hälfte des wahren Werthes verkauft worden, genügt. Im Uebrigen bleibt auch der Anfechtungsklage gegenüber bestehen, was Paulus in l. 1 §. 1 D. de dol. mal. (44. 4) von der exceptio doli sagt: „ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit.“ Die Exceptio doli giebt uns die Handhabe, um das Anwendungsgebiet der Anfechtungsklage auf die von der Billigkeit geforderten Grenzen einzuschränken. Contra naturalem aequitatem aber wäre es — und hier kommt der richtige Kern der Irrthums- und Noththeorie zum Vorschein — wenn ein Verkäufer, der weder aus Noth noch aus Irrthum

den ihm nachtheiligen Verkauf abschloss, denselben gleichwohl anfechten wollte, contra aequitatem nicht nur, wenn erd en Verkauf im Bewusstsein des ihm an sich zustehenden Anfechtungsrechtes und in der Absicht, darauf zu verzichten, abgeschlossen hätte, sondern ebenso, wenn ihm die Grundsätze der const. 2 garnicht bekannt gewesen wären; ja, selbst dann, wenn er die chicanöse Absicht gehabt hätte, das Anfechtungsrecht nachträglich geltend zu machen. Was auch Diocletian's Absicht gewesen sein mag; jedenfalls wäre es wider den Geist seines Gesetzes, wenn man seinen Schutz auch demjenigen angedeihen lassen wollte, der ohne Noth und im vollen Bewusstsein der Sachlage sein Eigenthum unter der Hälfte des Werthes veräusserte; für diese Auffassung spricht auch das „humanum" der const. 2 selber. Die Vertheidiger der Irrthums- und Noththeorie irren also nur darin, dass sie ihre Theorieen zum Fundament der Anfechtung selbst machen wollten, ohne dass das Gesetz dazu genügenden Anhalt bietet. Das Richtige, was ihren Theorieen zu Grunde liegt — dass ein ausnahmslos durchgeführtes Anfechtungsrecht die grössten Unbilligkeiten im Gefolge haben müsste — wird auch von uns anerkannt und kommt auf dem Wege der exceptio doli zur Geltung.